



ÉLEN RAMOS SILVA

ERRO MÉDICO E SUAS IMPLICAÇÕES PENAIS

BRASÍLIA

2013

ÉLEN RAMOS SILVA

ERRO MÉDICO E SUAS IMPLICAÇÕES PENAIS

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de bacharelado
em Direito do Centro Universitário de
Brasília

Orientador: Prof. Lásaro Moreira da Silva

BRASÍLIA
2013

ÉLEN RAMOS SILVA

ERRO MÉDICO E SUAS IMPLICAÇÕES PENAIS

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de bacharelado
em Direito do Centro Universitário de
Brasília

Brasília, maio de 2013.

Banca Examinadora

Prof. Lásaro Moreira da Silva.
Orientador

Examinador

Examinador

AGRADECIMENTO

Aos meus pais, por indescritíveis atitudes ao longo da minha vida, atitudes pelas quais demonstraram seus desejos de sucesso profissional, dedicando-se inteiramente à construção do meu ser, por isso, sem sombra de dúvida, são os primeiros responsáveis pela conclusão desse curso de bacharel em direito, no qual uma pequena parcela da minha gratidão resumo aqui; aos meus irmãos, pela inspiração que me proporcionaram a coragem para seguir em frente a cada dia; a todos os meus familiares que sempre estiveram presentes para ajudar e solucionar todas as minhas dúvidas, e muitas vezes deram lições que direta e indiretamente influenciaram na escolha do tema e na consecução desse trabalho; por fim, ao meu orientador, Lásaro Moreira, pela paciência, gentileza e inteligência, inerentes à sua pessoa, que possibilitaram a elaboração de um projeto que superou minhas expectativas, dedico.

RESUMO

O presente trabalho analisa, no plano teórico e prático, como ocorre a responsabilidade civil e penal do médico em casos de erro. Para tanto, enfoca-se o conceito de dolo e culpa, a natureza jurídica do contrato médico, as espécies de responsabilidade, bem como a criminalização pelo erro. Tem como principal enfoque o homicídio causado por erro médico. A pesquisa traz um caso real, a fim de demonstrar no plano prático os casos de negligência, imprudência ou imperícia dos profissionais, e como este foi visto à luz da justiça. Foi pesquisada também a polêmica em torno da responsabilidade penal do médico, a qual gera, ainda atualmente, divergência de opiniões e insatisfações, principalmente por parte das vítimas.

Palavras-chave: Erro Médico. Responsabilidade Civil e Penal. Caso concreto. Polêmica em torno da responsabilidade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 ERRO MÉDICO.....	9
1.1 Conceito	9
1.2 Natureza jurídica do contrato médico	10
1.2.1 Responsabilidade contratual e extracontratual	11
1.3 Omissão de socorro.....	12
1.4 Implicações do dolo e da culpa em relação ao erro médico	13
1.4.1 Do dolo	13
1.4.2 Da culpa	15
1.4.3 Dolo e culpa no erro médico	16
1.4.4 O dano moral como ato ilícito	17
2 DAS ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADES POR ERRO MÉDICO	19
2.1 Responsabilidade civil.....	19
2.1.1 A função da responsabilidade civil.....	21
2.1.2 A responsabilidade civil subjetiva	21
2.1.3 A responsabilidade civil objetiva	22
2.2 A teoria da culpa	23
2.3 A Teoria do risco	25
2.4 Os deveres do médico	25
2.5 A obrigação de reparar o dano causado ao paciente.....	27
3 DA CRIMINALIZAÇÃO POR ERRO MÉDICO	31
3.1 Conceito	31
3.2 Responsabilidade penal	32
3.1.1 Responsabilidade penal médica	32
3.3 Homicídio culposo por erro médico	35
3.4 Erro ou culpa no diagnóstico?	36
3.5 Erro médico: crime culposo ou doloso.....	39
3.6 A polêmica em torno da responsabilidade penal do médico	42
3.7 Caso real	44
CONCLUSÃO	48
REFERÊNCIAS.....	50

INTRODUÇÃO

A pesquisa tem por intuito abordar as responsabilidades inerentes ao erro médico, ou seja, a incidência destas aos erros que ocorrem nos procedimentos e nas cirurgias, os quais, por vezes, provocam danos irreparáveis ou mesmo a morte. Tem por intuito ainda demonstrar principalmente a problemática da responsabilidade penal do médico, a qual gera dúvidas, divergência de opiniões, e ainda, necessita de provas concretas para chegar a uma efetiva condenação.

No primeiro capítulo a pesquisa aborda o conceito de erro médico, bem como a natureza jurídica do contrato entre o médico e o paciente, e as implicações do dolo e da culpa quando há o erro.

O segundo capítulo especifica as espécies de responsabilidade civil, bem como a teoria da culpa, do risco, os deveres do médico, e ainda, a obrigação do médico a reparar o dano causado ao paciente em casos de erro.

O terceiro e último capítulo aborda a criminalização por erro médico, a responsabilidade penal do profissional, os casos de homicídio quando há erro e a polêmica em torno da responsabilidade penal. É trazido ainda à pesquisa um caso concreto objetivando demonstrar a referida polêmica e contradições com relação à responsabilização dos profissionais no âmbito penal.

O médico sempre foi uma figura de grande peso no que se refere ao respeito dos povos, para alguns era tido como um verdadeiro Deus. Entretanto, devido às grandes transformações sociais e, conseqüentemente, à alteração dos costumes nas últimas décadas, a sociedade, com o processo de urbanização e industrialização dos grandes centros aliado ao avanço da tecnologia, passou a exigir que os profissionais dessa área sejam, cada vez mais, eficientes e habilitados para o desenvolvimento de suas atividades.

O objetivo geral da pesquisa é abordar as espécies de responsabilidades que acarretam o erro médico. Os objetivos específicos consistem

em avaliar o erro médico; analisar as espécies de responsabilidades que se aplicam ao erro médico; verificar a criminalização da conduta no caso de erro médico, bem como suas ramificações a fim de desenvolver melhor a pesquisa. Ainda como objetivo específico, a pesquisa consiste em analisar, na medida do possível, um caso real, a fim de enfatizar e exemplificar como se dá a responsabilidade penal do médico, em casos de erro comprovado.

A metodologia utilizada consiste basicamente na pesquisa bibliográfica, a qual foi elaborada com a finalidade de estudar e investigar previamente elementos que forneceram uma visão mais ampla sobre as questões que envolvem a responsabilidade nos casos de erro médico. Para tanto, o estudo foi fundamentado no amplo leque de fontes que se encontra disponível em periódicos, em artigos da internet, na legislação e jurisprudência pátria, entre outros que geraram informações e reflexões relevantes a respeito do assunto.

1 ERRO MÉDICO

1.1 Conceito

O erro médico consiste no ato ilícito praticado pelo médico no exercício de sua atividade profissional, ou seja, o erro médico resulta de uma ação delituosa ou de omissão por parte do profissional. Laércio de Castro assim define:

“Erro médico é a falha do médico no exercício da profissão. É o mau resultado ou resultado adverso decorrente de ação ou da omissão do médico, por observância de conduta técnica, estando o profissional no pleno exercício de suas faculdades mentais. Excluem-se as limitações impostas pela própria natureza da doença, bem como as lesões produzidas deliberadamente pelo médico para tratar um mal maior. Observa-se que todos os casos de erro médico julgados nos Conselhos de Medicina ou na Justiça, em que o médico foi condenado, ou foi por erro culposo”.¹

De acordo com Irany Novah Moraes, o erro médico está "caracterizado, pela Justiça, pela presença de dano ao doente, com nexo comprovado de causa e efeito, e de procedimento em que tenha havido uma ou mais de três falhas por parte do médico: imperícia, imprudência e negligência".²

Júlio Meirelles Gomes e de Genival Veloso França alegam que: "Erro Médico é a conduta profissional inadequada que supõe uma inobservância técnica, capaz de produzir um dano à vida ou à saúde de outrem, caracterizada por imperícia, imprudência ou negligência"³. De acordo com Dioclécio Campos Júnior:

“Pretende-se que ao médico não assista o direito de errar porque a medicina lida diretamente com a vida. Mas, a vida não é apenas a antítese da morte. Sua plenitude depende igualmente da economia, da moradia, da alimentação, do direito, da educação, do lazer, da imprensa, da polícia, da política, do transporte, da ecologia. [...] Os erros cometidos pelos profissionais de qualquer uma destas áreas

¹ CASTRO, Laércio. *Erro médico o que é?* (22/06/2010). Disponível em: <http://www.escolasmedicas.com.br/art_det.php?cod=184>. Acesso em: 15 mar. 2013.

² MORAES, Irany Novah. *Erro médico e a justiça*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 423

³ FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito médico*. São Paulo: Fundo Editorial 2003, p. 29.

atentam conseqüentemente contra a vida humana. Embora sejam frequentes e graves, não têm merecido a mesma indignação, nem o mesmo destaque que os meios de comunicação dedicam às incorreções de médicos”.⁴

1.2 Natureza jurídica do contrato médico

Inicialmente, deve ser observado que a obrigação do médico é de meio, ou seja, só será caracterizado o inadimplemento contratual a partir da prova apresentada pelo paciente de que o profissional atuou em desacordo com a ética médica. Sendo a responsabilidade de meio caracterizada pelo dever do médico em atuar de maneira prudente e, com a devida aplicação dos meios técnicos, dentro do possível, obter um tratamento satisfatório.⁵

Já a responsabilidade fim decorre especificamente de uma obrigação de resultado, a qual obriga o médico ao sucesso da intervenção sob pena de caracterizar inadimplemento quando é possível afirmar que a culpa é presumida, uma vez que o profissional se compromete em atingir o fim almejado. Nesse sentido, Sérgio Cavalieri Filho explica que:

“A obrigação pode originar-se não somente do ato ilícito, mas, também, da vontade. A responsabilidade, por sua vez, pode decorrer tanto da violação de um dever legal como, ainda, do descumprimento de um dever assumido no contrato [...] É infração a um dever especial estabelecido pela vontade dos contraentes, por isso decorrente de relação obrigacional preexistente”.⁶

Alguns autores alegam que a relação médico-paciente é um verdadeiro contrato de prestação de serviços, ainda que nem sempre, seja um contrato baseado no resultado, pois na maioria das especialidades médicas só é exigido do profissional que sua atuação esteja dentro dos moldes impostos pela ciência da medicina. Então, tem-se que a natureza jurídica da responsabilidade civil do médico é de cunho contratual, no entanto, pode ocorrer, de em alguns casos específicos de ser extracontratual.

⁴ CAMPOS JÚNIOR, Dioclécio. *Crise e hipocrisia*. Brasília: Editora do Autor, 1996, p. 123-124.

⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 194.

⁶ Ibidem, p. 197-198.

De forma geral, a obrigação do profissional médico, considerando-se o contrato de prestação de serviços e a responsabilidade do mesmo, é uma obrigação de meio, sendo necessário o emprego dos procedimentos acertados. Mas quando se trata da realização de cirurgia plástica, onde a única finalidade é a estética existem relevantes distinções no que se refere à responsabilidade médica, pois vale observar que, nestes casos, não há um caráter emergencial para a ocorrência da intervenção cirúrgica. Portanto, é facultado ao médico optar pela realização ou não da cirurgia e, uma vez que decida pela mesma lhe é imputada a obrigação de sucesso, ou seja, do resultado que a intervenção se destina⁷.

1.2.1 Responsabilidade contratual e extracontratual

Aquele que viola um dever jurídico, e que desta atitude a consequência seja um dano, quer seja material ou moral, está obrigado, conforme estabelecido no Código Civil, a indenizar. Essa obrigação violada pode ser referente ao contrato estabelecido entre as partes, ou seja, é aquela em que os contratantes se obrigaram a cumprir e um daqueles, ou ambos, descumpriram com o estabelecido.⁸

Como no contrato trata-se de uma fonte jurídica obrigacional preexistente, isto é, há uma prestação e uma contraprestação, anteriormente estabelecida, dentro de um instrumento firmado entre as partes, onde pelo menos uma delas descumpriu com a obrigação, gerando para o prejudicado o direito de ser ressarcido por eventuais danos causados. Alguns entendem que ocorreu dano devido às obrigações estabelecidas pela própria lei, ou seja, por determinações legais que deixaram de ser observadas por pelo menos um dos contratantes, mas que não estão vinculadas aos deveres estabelecidos nas cláusulas acordadas⁹

Então, em razão da divisão doutrinária estabelece-se a responsabilidade civil contratual e a extracontratual. Tais responsabilidades vão ser

⁷ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil do Médico*. 5ed. São Paulo:RT, 2003, p.62.

⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 37

⁹ Ibidem, p. 38.

qualificadas de acordo com o tipo de violação existente, ou seja, se são ligadas ao firmado entre as partes ou se estão à margem do acordado.¹⁰

Caso preexista uma obrigação, e o descumprimento desta gere um dever de indenizar, a denominação correta da responsabilidade é contratual; ou se em razão de violação a um direito subjetivo, sem que entre os contratantes haja relação jurídica pré-determinada, a responsabilidade é extracontratual, podendo ser chamada de ilícito *aquiliano* ou absoluto.¹¹

Logo, no caso da transgressão se referir a uma obrigação oriunda de um negócio jurídico, existe ali um ilícito contratual, razão pela qual os deveres jurídicos são cada vez mais materializados através de instrumentos contratuais. Entretanto, se a pratica transgressora está ligada a um dever jurídico disciplinado em lei, a ilicitude é extracontratual, por estar à margem do instrumento contratual, sendo fácil perceber que está longe do que as partes pré-estabeleceram como obrigações a serem cumpridas.¹²

1.3 Omissão de socorro

O ato ilícito do tipo penal “omissão de socorro”, está disposto no artigo 135 do Código Penal:

“Art. 135 - Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública:

Parágrafo único - A pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta a morte”.

Além disso, o Código de Ética Médica também regula o assunto em seu artigo 58, onde dispõe: “Deixar de atender paciente que procure seus cuidados profissionais em caso de urgência, quando não haja outro médico ou serviço médico

¹⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 38.

¹¹ Ibidem, p. 40

¹² LIRA, Ricardo Pereira. Ato ilícito. **Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro** nº 49, 1996, p. 85-86.

em condições de fazê-lo”. Assim se posiciona a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, ao julgar a Apelação Criminal no processo nº APR 671030 SC 1988.067103-0:

“OMISSÃO DE SOCORRO - MÉDICO QUE RECUSA ASSISTÊNCIA A MENOR VÍTIMA DE PEQUENO ACIDENTE, A PRETEXTO DE SER A MÃE DAQUELA, QUE A ACOMPANHAVA, DEVEDORA DE HONORÁRIOS -MOTIVO EGOÍSTICO - CRIME CARACTERIZADO - CONDENAÇÃO MANTIDA - PENA REDUZIDA ANTE O RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. Caracteriza o crime do artigo 135, do CP, a conduta do médico que recusa assistência a menor vítima de pequeno acidente, a pretexto de falta de pagamento de cirurgia realizada anteriormente na progenitora da vítima; não importa que o ferimento seja leve, desde que, embora passageiramente, reduza à vítima à situação de não poder valer-se a si mesma, ensejando-se, assim, a agravação do perigo.”¹³

1.4 Implicações do dolo e da culpa em relação ao erro médico

1.4.1 O dolo

O dolo, como já é sabido e de acordo com os ensinamentos de Damásio de Jesus, consiste na ação ou omissão de um agente, que tem por finalidade concretizar as características objetivas do tipo penal.¹⁴

Cabe ressaltar que há três teorias a respeito do dolo, são elas: teoria da vontade, teoria da representação e teoria do assentimento. A primeira é a simples intenção do sujeito em praticar um fato sabendo ser este contrário à lei. A segunda teoria afirma que o dolo ocorre quando o agente pode prevê o resultado de sua conduta. Já a terceira teoria consiste na previsão do resultado como possível ou provável, logo, não é preciso que o agente tenha intenção de produzi-lo. A teoria aceita e adotada no Brasil é a teoria da vontade, sendo necessária e imprescindível não só a representação do resultado, mas a vontade do agente em obtê-lo¹⁵. A fim de comprovar a teoria adotada, ressalta-se o art. 18 do Código Penal Brasileiro, que prevê o conceito de dolo, *verbis*:

¹³ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal - Processo: APR 671030 SC 1988.067103-0 - Relator(a): Nilton Macedo Machado - Julgamento: 25/02/1994 - Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal - Publicação: Apelação criminal n. 30.415, de Pinhalzinho

¹⁴ JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*. Parte Geral São Paulo: Saraiva, 2002, vol. 1, p. 287.

¹⁵ Ibidem, p. 288.

“Art.18-Diz-se o crime:

Crime Doloso

I- doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”.

Além das teorias, são muitas as espécies de dolo existentes, sendo o mais comum aquele denominado de dolo direto, no qual o agente prevê o resultado e almeja atingi-lo. Já no dolo indireto ou indeterminado a vontade do agente não está restrita ao fim almejado. Conforme os ensinamentos de Damásio de Jesus, o dolo indireto é ainda subdividido em dolo alternativo e dolo eventual. O dolo alternativo ocorre quando o agente tem como pretensão um ou outro resultado, como exemplo, cita-se o sujeito que desfere golpes de faca com resultado alternativo, ou seja, ferir ou matar. Já o dolo eventual se configura quando o agente assume o risco de produzir o resultado, embora não queira, logo, ele percebe que é possível ocorrer determinado resultado, mas age mesmo assim¹⁶.

Paulo José da Costa Júnior inclui ainda uma terceira espécie no dolo indeterminado, qual seja, o dolo cumulativo, no qual o infrator tem a intenção de alcançar dois resultados distintos¹⁷. Mirabete discorre objetivamente:

“São elementos do dolo, portanto, a consciência (conhecimento do fato – que constitui a ação típica) e a vontade (elemento volitivo de realizar esse fato). A consciência do autor deve referir-se a todos os elementos do tipo, prevendo ele os dados essenciais dos elementos típicos futuros em especial o resultado e o processo causal. A vontade consiste em resolver executar a ação típica, estendendo-se a todos os elementos objetivos conhecidos pelo autor que servem de base a sua decisão em praticá-la”.¹⁸

Vale ressaltar que para a maioria da doutrina, como Damásio, Mirabete, Nucci, entre outros, o conceito do dolo é natural, ou seja, basta que o sujeito tenha a vontade de realizar tal ato, não contendo a consciência da ilicitude.

¹⁶ DE JESUS, Damásio E. *Direito Penal*. 1º Vol. I –Parte Geral Ed: Saraiva, 2002. p. 290

¹⁷ COSTA JÚNIOR, Paulo José da; QUEIJO, Maria Elizabeth. *Comentários aos crimes do código de trânsito*. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 83.

¹⁸ MIRABETE, Julio. *Manual de direito penal*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2008, Vol. I, p. 130.

1.4.2 A culpa

Para que se possa abordar o tema relacionado ao erro médico, é necessário que se faça, preliminarmente, a conceituação, bem como a explicitação do que seja o crime culposo, seus desdobramentos e consequências.

O legislador brasileiro, tanto no Código Civil de 1916 quanto no de 2002 não definiu o conceito de culpa. No entanto, “pode-se considerar a culpa no sentido estrito como aquela que marca a conduta imprudente ou negligente; e, no sentido lato, a verificada na prática consciente e deliberada de um ato prejudicial e antissocial, configurando, então, o dolo”¹⁹. Conforme explica Consuelo Taques Ferreira Salamacha, quando há erro médico e tem-se o procedimento de perícia:

“[...] o espírito de corporação impede que o profissional demonstre as falhas de outro. A perícia médica realizada por colega de profissão, ainda que tenha significativa importância, costuma ratificar esse espírito comprometendo assim o Princípio da Imparcialidade, razão pela qual muitas vezes diz-se existir a “máfia de branco”. Contudo, não se encerra aí somente a dificuldade na prova da culpa médica, pois os suportes a embasar uma demanda judicial estão, via de regra, nas mãos do próprio médico. Além do mais, a prova dessa culpa é difícilíssima, tendo em vista a classe médica ser muito unida na defesa de seus próprios interesses”.²⁰

Conforme os ensinamentos de Capez:

“o crime culposo consiste na conduta voluntária, comissiva ou omissiva, que produz um resultado ilícito não pretendido pelo agente, embora este resultado fosse previsível. Portanto, sendo previsível tal resultado, é certo que poderia ser evitado, se o agente atuasse com o devido cuidado”.²¹

Atualmente, a culpa, diferentemente do dolo, é formada por três elementos, conforme determinação do artigo 186 do Código Civil de 2002, quais sejam a negligência, a imprudência e a imperícia. Conforme os esclarecimentos de Arnaldo Rizzardo:

¹⁹ RIZZARDO, Arnaldo. *A reparação nos acidentes de trânsito*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 17.

²⁰ SALAMACHA, Consuelo Taques Ferreira. *Erro médico – inversão do ônus da prova*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 96-97.

²¹ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 59.

“As espécies se entrelaçam. A negligência traz tonalidades de imprevisão. A imprudência envolve desprezo pela diligência. Imperícia e negligência se confundem, em vários pontos, pois o incapaz de dirigir é insensato na observância dos requisitos para o exercício da função. [...] A imperícia é prevista como mais um elemento integrante, assim como, descuido, distração, leviandade, etc”.²²

É importante ressaltar que enquanto nos crimes dolosos o foco da análise são os resultados objetivos ilícitos, nos crimes culposos, os tipos penais não se ocupam com o fim da conduta, mas com suas consequências antissociais produzidas. Isto porque nos crimes culposos, o importante não é a finalidade que o agente possuía ao agir, que normalmente é lícita, mas sim o modo e a forma imprópria com que atua.²³

1.4.3 Dolo e culpa no erro médico

O artigo 18, I e II, do Código Penal, dispõe a respeito do dolo e da culpa:

“Art. 18 - Diz-se o crime: Crime doloso

I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;

Crime culposo

II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia”.

Sérgio Cavalieri Filho observa: “Chegamos, desta forma, à noção de culpa, que tem aqui, sentido amplo (*lato sensu*), abrangente de toda espécie de comportamento contrário ao Direito, seja intencional, como no caso do dolo, ou não como na culpa”²⁴. Ainda tem-se a questão da culpa consciente que, conforme explica João Monteiro de Castro: “[...] quando a pessoa, por irreflexão, prevendo o

²² RIZZARDO, Arnaldo. Op. Cit, p. 17-18.

²³ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 61.

²⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed., São Paulo: Atlas, 2007, p. 29

resultado ilícito como um efeito possível da sua conduta, age na convicção leviana, precipitada ou infundada de que não se verificará ou que conseguirá evitá-lo”.²⁵

Com relação ao erro médico, Genival Veloso de França entende que lesões leves e até as mais graves, podendo chegar à morte, decorrentes de erro médico são, na maior parte das vezes, do tipo culposos, por ter ocorrido um dano à vida provocado pela má prática da medicina. O erro se caracteriza pela inobservância do dever de cuidado do profissional, evidenciando uma deficiência na conduta, seja de inaptidão ou de deficiência própria²⁶.

O fato é que o médico não tem a pretensão de praticar crimes nem se expor juridicamente, bem como submeter seus pacientes a perigo de dano, ou pior ainda, à morte. Porém, o médico falta com o dever de diligência, devendo ser responsabilizado, na maioria das vezes, por sua culpa ao agir²⁷.

1.4.4 O dano moral como ato ilícito

A Constituição Federal de 1988 prevê a possibilidade de ser pleiteada a indenização não só por dano patrimonial, mas também por dano moral quando lesados os direitos de outrem. Assim dispõem os incisos V e X do artigo 5º da Constituição Federal:

“Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

O dano moral como ato ilícito se encontra disposto no artigo 186 do Código Civil, o qual pode ser utilizado para caracterizar a culpa do médico, quando

²⁵ CASTRO, João Monteiro de. *Responsabilidade civil do médico*. São Paulo: Método, 2005, p. 46.

²⁶ VELOSO DE FRANÇA, Genival. *Direito Médico*. 4 ed. São Paulo: Fundação Byk, 1987. p. 185

²⁷ Idem, p. 187.

este comete erro. Assim, dispõe o citado artigo: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. No conceito de ato ilícito, contido no Código Civil em seu artigo 187, o mesmo é caracterizado como aquele cometido contra o titular de um direito excedendo os limites impostos por sua finalidade econômica ou social e dos bons costumes.

“Art. 187 - Também consiste ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Sendo assim, aquele que violar direito alheio causando-lhe dano, ainda que seja apenas moral, tem obrigação de repará-lo.

2 DAS ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADES POR ERRO MÉDICO

Após conceituar e distinguir o dolo da culpa, e ainda, relacioná-los ao erro médico, passa-se ao estudo das espécies de responsabilidade civil atribuídas ao médico em casos de erro. No presente capítulo é abordada ainda a teoria da culpa e do risco, os deveres do médico, bem como a obrigação que este possui de reparar os danos causados ao paciente, todos com enfoque na esfera cível.

2.1 Responsabilidade civil

Deve-se atentar para o fato da distinção entre culpa e responsabilidade. A responsabilidade civil se caracteriza pela obrigação que tem o agente causador de um dano em repará-lo, com a devida indenização à vítima, sendo exigidos os seguintes requisitos: Ação ou omissão, relação de causalidade e o dano.²⁸

Como bem observado por José de Aguiar Dias:

“A teoria da culpa, resumida, com alguma arrogância, por VON IHERING, na fórmula ‘sem culpa, nenhuma reparação’, satisfez por dilatados anos à consciência jurídica, e é, ainda hoje, tão influente que inspira a extrema resistência oposta por autores insignes aos que ousam proclamar a sua insuficiência em face das necessidades criadas pela vida moderna, sem aludir ao defeito da concepção em si mesma”.²⁹

A responsabilidade subjetiva, na qual é imputada a culpa ao agente, já há algum tempo não se apresentava como uma forma adequada para a tutela jurisdicional, considerando-se que na maioria dos casos era difícil a vítima provar a conduta delituosa do autor do dano. Assim, buscou-se com a adoção da

²⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 7. Ed., São Paulo: Atlas, 2007, p. 24.

²⁹ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 16.

responsabilidade objetiva onde, se houver um dano, é suficiente para o causador ter a obrigação de indenizar a vítima.³⁰

Assim, foi nessa busca de solução para esse impasse na imputação da culpa que se criou a Teoria da Responsabilidade Objetiva, a qual teve como seus precursores Saleilles e Josserand que citados por Caio Mário da Silva Pereira afirmam que:

“[...] teoria objetiva é uma teoria social que considera o homem como fazendo parte de uma coletividade e que o trata como uma atividade em confronto com as individualidades que o cercam [...] o nosso direito atual tende a substituir pela ideia de reparação a ideia de responsabilidade”.³¹

Portanto, não é mais possível que a vítima, quando não conseguir provar a culpa do agente, venha arcar com as consequências de um ato danoso. Buscando-se, desta forma, manter o equilíbrio social e permitindo que a hipossuficiência do lesado em produzir prova venha suprimir o seu direito em ter a situação revertida ao estado em que se encontrava anteriormente ao evento.³²

Destarte, pode-se concluir que a responsabilidade civil encontra fundamentos que não estão baseados na culpa, proveniente de uma conduta na qual teria o agente alguma espécie de opção. Conforme as afirmações de Carlos Alberto Gonçalves: “A culpa é um dos pressupostos da responsabilidade civil. Nesse sentido, preceitua o art. 186 do Código Civil que a ação ou omissão do agente seja “voluntária” ou que haja, pelo menos, “negligência” ou “imprudência””.³³

Então, o indivíduo é responsável pelos riscos que advenham de sua atuação, mesmo com toda diligência que possa implementar para evitar o dano. Desta forma, trata-se da responsabilidade sem culpa, a qual ocorre em várias situações. A responsabilidade com culpa ou sem culpa encontra-se entre a

³⁰ DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 11 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 21.

³¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 17.

³² Idem, p. 18.

³³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 536-537.

imperícia, a negligência e a imprudência. Valendo citar as palavras de Arnaldo Rizzardo a esse respeito:

“A imperícia demanda mais falta de habilidade exigível em determinado momento, e observável no desenrolar normal dos acontecimentos. Já a negligência consiste na ausência de diligência e prevenção, do cuidado necessário às normas que regem a conduta humana. [...] Omitem-se as precauções exigidas pela salvaguarda do dever a que o agente está obrigado; é o descuido no comportamento, por displicência, por ignorância inaceitável e impossível de justificar. [...] A imprudência revela-se na precipitação de uma atitude, no comportamento inconsiderado, na insensatez e no desprezo das cautelas necessárias em certos momentos. Os atos praticados trazem consequências ilícitas previsíveis, embora não pretendidas, o que, aliás, sucede também nas demais modalidades de culpa”.³⁴

2.1.1 A função da responsabilidade civil

A função da responsabilidade civil consiste em obrigar o responsável pelo dano causado a indenizar a vítima ou seus familiares, já que tal obrigação é proveniente do mais básico entendimento de justiça. Considerando-se que o dano advindo de um ato irregular desestrutura o equilíbrio jurídico-econômico que há entre o agente causador do dano e a vítima do evento. Havendo, portanto, a necessidade de se trazer de volta o equilíbrio anteriormente estabelecido, ou seja, reintegrar o lesado no *status quo ante*, ou seja, na sua condição anterior. Em termos práticos esse tipo de reparação é feito através de uma indenização fixada na proporcionalidade do dano sofrido, senão exata, o mais próxima possível, pois conforme a opinião de Ramon Pizzaro “indenizar pela metade é responsabilizar a vítima pelo resto”³⁵. No mesmo sentido se manifesta Sérgio Cavalieri Filho, quando afirma que: “Limitar a reparação é impor à vítima que suporte o resto dos prejuízos não indenizados”.³⁶

2.1.2 A responsabilidade civil subjetiva

A responsabilidade civil subjetiva fixa sua base legal na confirmação da culpa e, conseqüentemente, na obrigação de indenizar. Conforme explica Fernando Noronha:

³⁴ RIZZARDO, Arnaldo. *A reparação nos acidentes de trânsito*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 18.

³⁵ PIZARRO, Ramon Daniel. *Daño moral*. Buenos Aires: Hammurabi, 1991, p. 96.

³⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 35.

“A responsabilidade subjetiva, ou culposa, também chamada de responsabilidade civil por atos ilícitos, ou aquiliana, é obrigação de reparar danos causados por ações ou omissões intencionais (ou seja, dolosas), imperitas, negligentes ou imprudentes (isto é, culposas), que violem direitos alheios”.³⁷

Então, mesmo na área médica a responsabilidade subjetiva é fundada exclusivamente na teoria da culpa, pois “a responsabilidade do profissional da medicina, entre nós, continua a repousar no estatuto da culpa, incumbindo à vítima provar o dolo ou culpa *stricto sensu* do agente [...]”.³⁸

2.1.3 A responsabilidade civil objetiva

A teoria objetiva ou teoria do risco consiste na imputabilidade do ato danoso que tem como fundamento o risco e não a culpa. Requerendo o nexo de causalidade que há entre o dano e o agir do agente para surgir o dever de indenizar.

Caso contrário, não se configura a obrigação de indenizar:

“RESPONSABILIDADE CIVIL - ERRO MÉDICO - NEXO CAUSAL CONSTATADO - CONDUTA CULPOSA - INEXISTÊNCIA - DEVER DE INDENIZAR - AUSÊNCIA - ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA - PESSOA JURÍDICA - ENTIDADE FILANTRÓPICA SEM FINS LUCRATIVOS -- NECESSIDADE DE APRESENTAR INDÍCIOS DE SUA DIFICULDADE FINANCEIRA - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 5º, LXXIV DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - DENEGAÇÃO DO BENEFÍCIO. A obrigação de reparar por erro médico exige a comprovação de ter ocorrido imperícia, negligência ou imprudência, além do nexo de causalidade entre a conduta médica e as consequências lesivas à saúde do paciente, sem o que não se pode atribuir responsabilidade civil. [...] inexistindo prova da carência de recursos financeiros para pagamento das despesas processuais, não é possível conceder o benefício à pessoa jurídica, ainda que se trate de entidade filantrópica”.³⁹

Sendo a atividade culposa ou dolosa do ofensor de pouca relevância jurídica, não importando se ele agiu ou não com culpa. O diferencial encontra-se no fato de que a responsabilidade objetiva depende de lei, não é presumida. A vítima tem que provar o nexo causal e o dano, no entanto, o ofensor só não terá o dever de

³⁷ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 484.

³⁸ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 5. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 60.

³⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. 100240449819000011 MG 1.0024.04.498190-0/001(1) Relator(a): ALVIMAR DE ÁVILA. Julgamento: 10/12/2008. Publicação: 26/01/2009

indenizar quando provar que não houve responsabilidade sua, desde que demonstre a incidência de uma das excludentes da responsabilidade.⁴⁰

A responsabilidade civil objetiva dispensa a culpabilidade, sendo uma espécie de responsabilidade na qual a obrigação de indenizar não necessita da demonstração de culpa do agente. Então, “a responsabilidade civil objetiva, ou pelo risco, é obrigação de reparar danos, independentemente de qualquer ideia de dolo ou culpa”.⁴¹

Silvio de Salvo Venosa chama atenção para a questão da teoria do risco criado afirmando que a mesma “Tem uma amplitude maior, considerando que toda vez que alguém exerce uma atividade da qual retira vantagem, mas que cria riscos de prejuízos para terceiros, deve arcar com o ônus dos encargos”⁴². Assim, na responsabilidade civil objetiva não tem necessidade da presença da culpa, a exigência é apenas do nexo de causalidade entre o ato do agente que provocou o dano e o evento danoso. A responsabilidade civil objetiva ocorre porque existe um vínculo jurídico entre ambas as partes, ou seja, a pessoa do credor e do devedor, proveniente de um contrato, consolidando uma relação jurídica entre elas, portanto, é a partir do descumprimento de uma das cláusulas contratuais, que surge a obrigação de indenizar.⁴³ Nelson Rosenvald dispõe a respeito da relação obrigacional afirmando:

“A obrigação deve ser vista como uma relação complexa, formada por um conjunto de direitos, obrigações e situações jurídicas, compreendendo uma série de deveres de prestação, direitos formativos e outras situações jurídicas. A obrigação é tida como um processo – uma série de atos relacionados entre si –, que desde o início se encaminha a uma finalidade: a satisfação do interesse na prestação. [...] O bem comum na relação obrigacional traduz a solidariedade mediante a cooperação dos indivíduos para a satisfação dos interesses patrimoniais recíprocos, sem comprometimento dos direitos da personalidade e da dignidade do credor e devedor”.⁴⁴

2.2 A teoria da culpa

⁴⁰ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 485

⁴¹ Idem, p.485.

⁴² VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 17.

⁴³ Idem, p. 18.

⁴⁴ ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 204.

No que se refere à responsabilidade civil, a regra geral funda-se no elemento “culpa”, sendo esta indispensável para que se configure a obrigação de indenizar. A imputação da responsabilidade civil por danos pode ser dividida a partir de dois critérios: o da culpa e o do risco. O primeiro está pautado na responsabilidade subjetiva, ou seja, a responsabilidade será daquele que ao agir com culpa causa dano a outrem. Já o segundo diz respeito à responsabilidade objetiva, onde aquele que desenvolve uma atividade de risco por natureza, implica num risco não tolerado à esfera jurídica de outrem.⁴⁵

Os dois critérios são acolhidos pela legislação pátria, havendo, porém, em seus campos de incidência a possibilidade de excludentes. No que se refere às obrigações, o Código Civil não enseja na sua totalidade a teoria da responsabilidade subjetiva com base na culpa, uma vez que esta se encontra definida no artigo 951, sendo uma extensão da obrigação de indenizar cujo fundamento está na responsabilidade objetiva do profissional que também está inserida no artigo 186 do mesmo Diploma Legal.

Atualmente, a evolução da área cível aponta que a responsabilidade civil não mais está vinculada à culpa. Pelo contrário, pois a grande incidência das demandas judiciais indenizatórias está baseada na responsabilidade sem culpa. A responsabilidade subjetiva, na qual é imputada a culpa ao agente, já há algum tempo não se apresentava como uma forma adequada para a tutela jurisdicional, considerando-se que na maioria dos casos era difícil a vítima provar a conduta delituosa do autor do dano. Assim, buscou-se com a adoção da responsabilidade objetiva onde, se houver um dano, é suficiente para o causador ter a obrigação de indenizar a vítima. Portanto, não é mais possível que vítima, quando não conseguir provar a culpa do agente, venha arcar com as consequências de um ato danoso.⁴⁶

As palavras de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho explicam melhor essa nova concepção em relação à culpa quando afirmam que “a culpa, portanto, não é um elemento essencial, mas sim acidental, [...] os elementos

⁴⁵ NORONHA, Fernando. Direito das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 490.

⁴⁶ Idem, p. 490.

básicos ou pressupostos gerais da responsabilidade civil são apenas três: a conduta humana (positiva ou negativa), o dano ou prejuízo, e o nexo de causalidade”.⁴⁷

2.3 A Teoria do risco

Conforme explica Cavalieri Filho, cinco paradigmas clássicos advêm da teoria do risco, quais sejam: “a teoria do risco criado; a teoria do risco profissional; a teoria do risco excepcional; a teoria do risco-proveito; a teoria do risco integral”.⁴⁸

Ao comentar a teoria do risco Rui Stoco observa que “a doutrina objetiva encontra maior supedâneo na doutrina do risco”⁴⁹. A doutrina e a jurisprudência tendem a classificar atividade de risco como aquela que coloca em risco a vida e a saúde do ser humano, reportando o conceito de atividade de risco ao livre arbítrio do julgador e, diante da ausência de norma reguladora, a atividade exercida pelo fornecedor ou comerciante passa a ser uma atividade de risco. Há, portanto, a obrigação de indenizar, desde que haja nexo causal da ação com a lesão causada pelo agente, configurando assim, a responsabilidade objetiva.⁵⁰

2.4 Os deveres do médico

Os principais deveres do médico consistem no aconselhamento, no cuidado e, conforme complementa José de Aguiar Dias:

“[...] na obtenção do consentimento esclarecido; não abuso de poder; sigilo; aprimoramento dos conhecimentos e uso do progresso científico; prescrição clara; atendimento de pacientes em estado urgente; e informação do paciente sobre os riscos e objetivos da atividade médica”.⁵¹

⁴⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil - responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 29.

⁴⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 146/147.

⁴⁹ STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 78

⁵⁰ Idem, p. 78.

⁵¹ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 337.

O dever de cuidado pode ser entendido como a obrigação de orientar a respeito das precauções que devem ser tomadas por parte do paciente de acordo com seu estado de saúde. Portanto, nenhum detalhe deve ser ocultado do paciente, pois o Código de Ética Médica – CEM determina que o médico “precisa informar-lhe sobre o diagnóstico, os riscos, bem como a finalidade do tratamento, exceto nos casos em que a comunicação direta ao paciente venha provocar dano agravando seu estado de saúde, quando então a comunicação deve ser feita ao responsável legal”⁵². O dever de cuidar implica também na assistência ao doente e à visita quando necessária. De acordo com a inteligência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp nº 1035346:

“INTERVENÇÃO CIRÚRGICA. CONSENTIMENTO INFORMADO INOBSERVÂNCIA DO ART. 15 CC/02. PRECEDENTES. DANO MATERIAL. PERDA DA CHANCE. DANO MORAL CONFIGURADO. O paciente deve participar na escolha e discussão acerca do melhor tratamento tendo em vista os atos de intervenção sobre o seu corpo. Necessidade de informações claras e precisas sobre eventual tratamento médico, salientando seus riscos e contra-indicações, para que o próprio paciente possa decidir, conscientemente, manifestando seu interesse através do consentimento informado. No Brasil, o Código de Ética Médica há muito já previu a exigência do consentimento informado ex vi arts. 46, 56 e 59 do atual. O CC/02 acompanhou a tendência mundial e positivou o consentimento informado no seu art. 15. A falta injustificada de informação ocasiona quebra de dever jurídico, evidenciando a negligência e, como consequência, o médico ou a entidade passa a responder pelos riscos da cirurgia não informados ao paciente. A necessidade do consentimento informado só poderá ser afastada em hipótese denominada pela doutrina como privilégio terapêutico, não ocorrentes no presente caso”.⁵³

Outra determinação do CEM é que o médico não pode se negar ao atendimento de pacientes em estado de urgência. Essa situação deve incluir os casos em que existe risco de dano irreparável ao doente.⁵⁴ Caso esteja impossibilitado de atender o paciente, o médico tem de garantir que um substituto capaz venha fazê-lo. Por tal indicação, o médico só será responsabilizado no caso de haver erro grosseiro. O que decorre do dever geral de vigilância do médico.⁵⁵

⁵² Código de Ética Médica. Resolução 1931/2009.

⁵³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1035346. Publicação em 24.03.2008. Relator Ministro Francisco Falcão.

⁵⁴ Código de Ética Médica. Resolução 1931/2009, Capítulo III, art. 7º.

⁵⁵ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 339.

Então, o médico precisa obter a permissão do paciente para a realização de qualquer procedimento, especialmente na área de estética. Porém, há exceções que se referem às situações de emergência, e nos casos de paciente incapaz, ainda que temporariamente, o consentimento deve ser solicitado ao seu representante legal.⁵⁶

2.5 A obrigação de reparar o dano causado ao paciente

Vale dizer que além da aplicação do artigo 927 do Código Civil: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”, na reparação civil do dano que eventualmente venha sofrer um paciente, decorrente da atividade médica, e de seu parágrafo único, onde dispõe: “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, [...]”, o *caput* do artigo 942 do Código Civil é aplicado também na responsabilidade civil do hospital, e ainda, os artigos 949 e 950 do mesmo diploma legal obrigam a reparação do dano:

“Art. 942 - Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado: e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

Art. 949 - No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.

Art. 950 - Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até o fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.

Parágrafo único: O prejudicado, se preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez”.

⁵⁶ Código de Ética Médica. Resolução 1931/2009, Cap. I, inciso XXI.

Contudo, os artigos referentes aos danos previstos no Código Civil não chegam a esgotar toda a gama de prejuízos decorrentes de erro consequente da atividade médica, assim, utiliza-se a ampla abrangência do artigo 186 do Código Civil, o qual dispõe: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

O dano é o elemento fundamental da obrigação de indenizar, uma vez que sem o prejuízo, uma atitude ilícita pode ser ignorada no âmbito jurídico. Sendo assim, a indenização tem por finalidade reparar o dano sofrido devido a uma conduta ilícita do autor. São três os tipos de indenizações por erro médico cumuláveis, quando for o caso, para ressarcimento do paciente lesado que tenha sofrido mais de um dano, já que o pedido de indenização de um determinado dano não elimina o requerimento de outro.⁵⁷

A responsabilidade civil implica em impor a uma pessoa a obrigação de reparar o dano que, eventualmente tenha causado a outrem por atitude própria. Fernando Noronha desenvolve essa premissa afirmando que a responsabilidade civil obrigacional tem como essência a proteção de cada pessoa no âmbito jurídico, “através da reparação dos danos causados (função reparatória, ressarcitória ou indenizatória) tutelando um interesse do credor que se pode chamar de expectativa na preservação da situação atual (ou manutenção do status quo)”.⁵⁸

Como bem observa Maria Helena Diniz, a reparação consiste na aplicação de “medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal”.⁵⁹

Afirma Caio Mário da Silva Pereira, por sua vez, que a responsabilidade civil, na condição de um instituto que visa reparar um dano, não

⁵⁷ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 487.

⁵⁸ *Idem*, p. 487.

⁵⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 42.

pode ser limitada, sendo sempre dinâmica, ou seja, modifica-se de acordo com a evolução social.

Desta forma, não assume compromisso com a teoria subjetiva da culpa, nem com a teoria da responsabilidade sem culpa, complementando-se ambas na tentativa de reparar o dano. Segue o autor alegando que não deve a mesma se afastar da moral no que se refere à ideia de culpa, emergindo, portanto, da noção de responsabilidade civil, duas ideias: um sentimento social e, outro humano. O primeiro “a ordem jurídica não se compadece com o fato de que uma pessoa possa causar mal a outra pessoa”⁶⁰. Portanto, atos ou ações através das quais o indivíduo é responsabilizado enseja o ônus obrigacional de reparar o dano está basicamente no dever de agir, em conformidade com as normas e regras sociais pré-estabelecidas pela comunidade em que vive. Silvio de Salvo Venosa afirma que a responsabilidade consiste na:

“[...] configuração do dever de indenizar: ação ou omissão voluntária, relação de causalidade ou nexos causal, dano e culpa. Ao analisarmos especificamente a culpa, lembramos a tendência jurisprudencial cada vez mais marcante de alargar seu conceito, ou de dispensá-lo como requisito para o dever de indenizar”.⁶¹

Mas tal dispensa de culpa como requisito para concretização do dever de indenizar se respalda na responsabilidade civil objetiva. São possíveis os requerimentos de indenização referentes a danos materiais que dizem respeito àqueles que geraram custos para o paciente quando estes foram submetidos a tratamento ineficaz, bem como por aquilo que deixou de receber devido ao erro médico, que em termos jurídicos significa o lucro cessante pelos dias de trabalho perdidos.⁶²

Já os danos morais são aqueles que visam compensar a dor sofrida pelo paciente, entre eles encontra-se, a tristeza, a vergonha, a angústia, etc. e os danos estéticos, que se referem aos prejuízos causados à aparência quando o erro causa deformidades. Valendo ressaltar que o dano estético não está presente

⁶⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 11.

⁶¹ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 14.

⁶² Idem; p. 16.

somente nos casos de cirurgia plástica, pois qualquer tipo de cirurgia ou tratamento pode deixar o paciente com deformidades físicas.

3 A CRIMINALIZAÇÃO POR ERRO MÉDICO

Após esgotar a análise das espécies de responsabilidade civil do médico em casos de erro, inicia-se o estudo da responsabilidade deste na esfera penal. No presente capítulo, são estudados os casos de homicídio e/ou lesões corporais com relação ao erro médico, bem como a diferenciação de culpa e erro. É trazido ainda o entendimento majoritário da doutrina e jurisprudência com relação ao crime cometido quando há erro médico, que leva o paciente ao óbito.

Por fim, é analisada a polêmica em torno da responsabilidade penal do médico, a qual é constantemente questionada, e ainda, um caso real, onde é discutido o erro de médicos e enfermeiros, a fim de demonstrar de forma realista o entendimento pátrio.

3.1 Conceito

A definição, ou seja, o conceito de erro médico encontra-se no Manual de Orientação Ética Disciplinar do Conselho Federal de Medicina – CFM citado por Marcela Gama Jorge:

“[...] a falha do médico no exercício da profissão. É o mau resultado ou resultado adverso decorrente da ação ou da omissão do médico, por inobservância de conduta técnica, estando o profissional no pleno exercício de suas faculdades mentais. Excluem-se as limitações impostas pela própria natureza da doença, bem como as lesões produzidas deliberadamente pelo médico para tratar um mal maior. Observa-se que todos os casos de erro médico julgados nos Conselhos de Medicina ou na Justiça, em que o médico foi condenado, o foi por erro culposo”.⁶³

Outra definição interessante para erro médico é aquela explicitada por Júlio Meirelles Gomes e de Genival Veloso França citados por Marcela Gama Jorge, na qual: "Erro Médico é a conduta profissional inadequada que supõe uma

⁶³ CFM *apud* JORGE, Marcela Gama. *Breve apreciação sobre erro médico*. Disponível em <http://www.edo.com.br/erro_medico.htm>. Acesso em 07 abr 2013.

inobservância técnica, capaz de produzir um dano à vida ou à saúde de outrem, caracterizada por imperícia, imprudência ou negligência".⁶⁴

3.2 Responsabilidade penal

A responsabilidade penal do médico está prevista no Código Penal Brasileiro. Porém, não é apenas o Código Penal que tipifica essa espécie de delito. Existem outros diplomas legais que também o fazem, entre eles encontra-se a Lei das Contravenções Penais, que dispõe em seu artigo 66:

“Art. 66. Deixar de comunicar à autoridade competente:

I – crime de ação pública, de que teve conhecimento no exercício de função pública, desde que a ação penal não dependa de representação;

II – crime de ação pública, de que teve conhecimento no exercício da medicina ou de outra profissão sanitária, desde que a ação penal não dependa de representação e a comunicação não exponha o cliente a procedimento criminal”.

Mesmo sendo a responsabilidade criminal do médico de difícil solução, tal fato não pode servir de sustentação para a imunidade profissional e/ou processual. Observando-se que o simples fato de o profissional médico possuir diploma de medicina e ser considerado superior na pirâmide social e mesmo não tendo antecedentes criminais, como na maioria das vezes, não irá isentá-lo da responsabilidade criminal pela morte de um paciente.⁶⁵

3.1.1 Responsabilidade penal por erro médico

O erro médico é tido como desvio do comportamento médico durante a execução da atividade, a qual, se tivesse sido realizada com a observância dos parâmetros definidos “pela doutrina médica e pela ciência, não teria, certamente, causado dano à vida do paciente”.⁶⁶

⁶⁴ GOMES, Meirelles; *apud* FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito médico*. São Paulo: Fundo Editorial 2003.

⁶⁵ MORAES, Irani Novah. *Erro Médico e a justiça*, 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 425

⁶⁶ *Idem*; p. 428.

Ainda de acordo com o entendimento de Irani Novah, o erro médico está "caracterizado, pela Justiça, pela presença de dano ao doente, com nexo comprovado de causa e efeito, e de procedimento em que tenha havido uma ou mais de três falhas por parte do médico: imperícia, imprudência e negligência".⁶⁷

Devendo ser consideradas também as condições de atendimento, a necessidade de agir e os meios utilizados, para só então se verificar a ocorrência do erro médico medido pelo dano sofrido devido à imprudência, negligência ou imperícia do profissional médico.⁶⁸

Porém, existem casos em que o profissional médico age com plena consciência do seu ato. Sergio Cavaliere Filho explica com clareza algumas situações de responsabilidade médica quando afirma o autor que:

"A responsabilidade médica é, de regra, contratual, em razão da forma como se constitui a relação paciente-médico. Normalmente, o paciente procura o médico, escolhe o profissional de sua confiança, constituindo com ele vínculo contratual. Resta, todavia, uma vasta área para a responsabilidade médica extracontratual, como, por exemplo, nos casos de atendimento de emergência, estando o paciente inconsciente, ou quando o médico se recusa a atender o paciente nesse estado emergencial; tratamento desnecessário, cirurgias sabidamente indevidas, experiências médicas arriscadas, etc. Há, ainda, casos, até, de ilícito penal perpetrado por médicos que realizam aborto fora dos casos permitidos em lei, desligam aparelhos para apressar a morte do paciente, receitam tóxicos ou substâncias entorpecentes indevidamente etc".⁶⁹

O homicídio decorrente de erro médico é do tipo culposo, por ter ocorrido um dano à vida provocado pela má prática da medicina. Essa espécie de homicídio se caracteriza pela quebra do dever de cuidado, evidenciando uma deficiência de conduta, seja de inaptidões ou de deficiências próprias. Leva-se em conta que o médico poderia ter agido de forma que não expusesse o paciente a um problema maior do que aquele que já o acometia, evitando o óbito.⁷⁰

⁶⁷ MORAES, Irany Novah. *Erro médico e a justiça*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 425.

⁶⁸ Idem, p. 426.

⁶⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 272.

⁷⁰ VELOSO DE FRANÇA, Genival. *Direito Médico*, 4. ed. São Paulo: Fundação Byk, 1987, p. 195.

O fato é que o médico não tem a pretensão de praticar o crime de homicídio nem de se expor juridicamente, bem como submeter seus pacientes a perigo de dano, ou pior ainda à morte. Porém, o médico falta com o dever de diligência, devendo ser responsabilizado.⁷¹

Outro elemento relevante é a previsibilidade, a qual deve estar presente para que se configure a responsabilidade criminal do médico por homicídio culposo. A doutrina considera a previsibilidade sob dois critérios: o objetivo e o subjetivo. A objetiva "é a possibilidade de qualquer pessoa dotada de prudência mediana prever o resultado. É o elemento da culpa".⁷²

Entretanto, quanto ao homicídio culposo, a culpabilidade do médico precisa ser observada sempre no âmbito da previsibilidade subjetiva, que considera as condições pessoais do agente, ou seja, do médico, sobre o qual deverá haver uma análise daquilo que se exigia no momento do atendimento ao paciente. Nesse sentido é o entendimento de Maldonado de Carvalho afirmando que "questionada a possibilidade de o sujeito, segundo suas aptidões pessoais e na medida de seu poder individual, prever o resultado".⁷³

Por outro lado, a ausência de previsão também é essencial para configurar a ocorrência de homicídio culposo. Diversamente da previsibilidade, a ausência de previsão implica no fato de que o médico não previu o resultado, ainda que fosse possível antevê-lo. Prevendo o resultado o médico se isenta da culpa e passa para o campo do dolo, ensejando maior reprimenda quanto a essa espécie de conduta.⁷⁴

Portanto, para a configuração da responsabilidade penal médica é preciso que o médico não preveja o resultado morte.

⁷¹ VELOSO DE FRANÇA, Genival. *Direito Médico*, 4. ed. São Paulo: Fundação Byk, 1987, p. 197.

⁷² CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 207.

⁷³ CARVALHO, J. C. M. *Iatrogenia e erro médico sob o enfoque da responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007, p. 6.

⁷⁴ Idem, p. 8

3.3 Homicídio culposo por erro médico

Através do desenvolvimento do exercício da profissão a morte de um paciente pode se configurar crime de homicídio culposo. Devido à linha tênue existente entre a vida e a morte há a possibilidade de um médico figurar como réu no pólo passivo de uma ação penal por homicídio culposo.

Apesar de a Medicina ser uma ciência bastante antiga a responsabilidade criminal do médico é tema relativamente recente e gradativamente crescente, uma vez que provoca grandes reflexões em torno de ocorrências danosas ao paciente, quando é possível atribuir ao médico a responsabilidade pelo resultado morte, especialmente quando tais eventos podem ser, na maioria das vezes, evitados.⁷⁵

Com relação à atuação médica, Irany Novah Moraes destaca que:

“[...] o que ele fez e não deveria ter feito, o que ele não fez e deveria ter feito, o que ele não disse e deveria ter dito, e ainda, o que disse e não deveria ter dito. Acrescente-se a isso tudo a oportunidade do momento certo de fazer, de esperar, de falar ou de silenciar. [...] Não se apele para as condições de trabalho, a quantidade maior de doentes a serem atendidos ou qualquer outro dos fatores já referidos. Nem sequer atribua-se a culpa à escola que não preparou o profissional adequadamente, pois, no ato que envolve o atendimento médico, está o homem que se encontra dentro do médico e que, seja qual for seu conhecimento técnico, deve ter o sentimento de respeito humano. Nesse ponto, a responsabilidade do médico deve ser igual à de qualquer um, acrescida do fato de que ele deve saber, de antemão, a importância do tempo na tomada de certas decisões, bem como o grau de sofrimento do paciente e ainda das sequelas do retardo do socorro”.⁷⁶

Devido o objeto de trabalho do médico se resumir na preservação da vida, a punição deve ser rigorosa em caso de erro. Motivo pelo qual o prontuário médico se resume em documento essencial para a defesa de eventuais resultados em sede de ação penal.

⁷⁵ MORAES, Irany Novah. Erro médico e a justiça, 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.419.

⁷⁶ Idem, p. 425.

Ainda que se tenha a questão do sigilo médico, o Ministério Público (MP) possui atribuições e o Juiz competência para requisitarem informações com relação aos prontuários de vítimas de homicídio culposo, no caso de ação penal, o sigilo médico não pode ser suscitado para encobrir condutas criminosas ou mesmo condutas culposas.⁷⁷

O prontuário médico é fonte de consulta e prova válida para qualquer tipo de ação judicial, pois nele encontram-se os procedimentos adotados em determinado paciente, sendo assim, o médico deve preenchê-lo com o maior cuidado possível. Porém, "por questão de hábito ou de alegada economia de tempo", os médicos estão deixando de dar a devida importância a este documento.⁷⁸

3.4 Erro ou culpa no diagnóstico?

A culpa é caracterizada pela imperícia, imprudência e negligência. Uma dessas espécies de culpa deve estar contida no agir do médico. Assim consta no acórdão: "Para efeito de responsabilização por erro médico, é cediço que a culpa, em uma de suas formas tradicionais, há que ficar devidamente comprovada".⁷⁹

Miguel Kfoury Neto explica que:

"Não é propriamente o erro de diagnóstico que incumbe ao juiz examinar, mas sim se o médico teve culpa no modo pelo qual procedeu ao diagnóstico, se recorreu ou não, a todos os meios a seu alcance para a investigação do mal, desde as preliminares auscultações até os exames radiológicos e laboratoriais – tão desenvolvidos em nossos dias, mas nem sempre ao alcance de todos os profissionais – bem como se à doença diagnosticada foram aplicados os remédios e tratamentos indicados pela ciência e pela prática".⁸⁰

Compete ao juiz verificar a existência de culpa, conforme ressalta Suzana Lisbôa Lumertz:

⁷⁷ FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito Médico*, 4. ed. São Paulo: Fundação Byk, 1987, p. 107.

⁷⁸ Idem, p. 421.

⁷⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Processo nº 595184680 – 6ª Câmara Cível – Rel. Jorge Alcibíades Perrone de Oliveira – 06/08/96.

⁸⁰ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 3. ed. São Paulo: RT, 1998, p. 76-77.

“Não é preciso que a culpa do médico seja grave: basta que seja certa. Tem que haver certeza na presença de culpa, no agir do médico como, também, assevera o acórdão [...] A atribuição de responsabilidade e condenação por erro médico exige elementos objetivos e seguros e não meras possibilidades ou conjecturas de que males que surgem após a intervenção médica sejam frutos dessa intervenção”.⁸¹

A referida teoria tem sua aplicação, nos Tribunais pátrios, como bem demonstra a ementa de acórdão:

“Responsabilidade civil. Falha do atendimento hospitalar. Paciente portador de pneumonia bilateral. Tratamento domiciliar ao invés de hospitalar. Perda de uma chance. É responsável pelos danos, patrimoniais e morais, derivados da morte do paciente, o hospital, por ato de médico de seu corpo clínico que, após ter diagnosticado pneumonia dupla, recomenda tratamento domiciliar ao paciente, ao invés de interná-lo, pois, deste modo, privou-o da chance (perte d'une chance) de tratamento hospitalar, que talvez o tivesse salvo. 2. Apelação provida. Voto vencido”.⁸²

Nem sempre a teoria da culpa é conveniente na abordagem médica e em sua atividade como profissional liberal.

Vale observar o texto do artigo 1.525 do Código Civil, o qual dispõe: “A responsabilidade civil é independente da criminal; não se poderá, porém, questionar mais sobre a existência do fato, ou quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no crime”.

No entanto, quando houver uma decisão penal condenatória transitada em julgado, a mesma pode ser usada na área cível como um título executivo, ou seja, é dispensada a instauração de processo de conhecimento para a decisão do magistrado a respeito da matéria.⁸³

Caso a sentença penal seja absolutória por insuficiência de provas, conforme artigo 386, I a VI do Código de Processo Penal cabe a devida ação cível por parte do paciente para ressarcimento por danos decorrentes de erro médico. Conforme a decisão do acórdão:

⁸¹ FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito médico*. São Paulo: Fundo Editorial 2003, p. 201-202.

⁸² BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Processo nº 596070979 – 5ª Câmara Cível – Rel. Araken de Assis – 15/08/96

⁸³ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 3. ed. São Paulo: RT, 1998, p. 89.

“Responsabilidade civil. Erro médico. Absolvição criminal. Desimporta, aos efeitos da perquirição da responsabilidade civil, que tenha sido o agente absolvido na esfera penal, especialmente se o foi com fundamento no inciso VI do art. 386 do CPP (insuficiência de provas). Danos materiais e lucros cessantes”.⁸⁴

Vale observar que em caso de sentença absolutória devido a não existência do fato alegado pelo paciente, não haverá viabilidade jurídica para promover qualquer demanda cível. A coisa julgada inviabiliza a pretensão, no âmbito da responsabilidade civil, de acordo com a segunda parte do artigo 1.525 do Código Civil. No caso de absolvição, por falta de prova contundente da ocorrência do fato fica aberto o caminho para a lide jurídica. No âmbito cível cabe demanda de ressarcimento, por parte do paciente, sendo responsabilidade do autor da ação fazer as provas da existência do fato.⁸⁵

Valendo observar que os direitos do paciente estão garantidos no texto do artigo 15 do Código Civil, o qual determina que: “Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”. Evidenciando a incidência do princípio da beneficência. Também nesse dispositivo é preciso haver uma leitura cuidadosa, pois deve ser levado em consideração que, se a pessoa está precisando de uma intervenção cirúrgica, devido a um risco de morte, a intervenção deve acontecer, sob pena do profissional de saúde ser responsabilizado, conforme as determinações do artigo 951 do Código Civil que dispõe:

“Art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho”.

Se eventualmente a ação penal chegue à conclusão de que o fato atribuído ao médico não constitui crime, os danos que porventura tenha sofrido o

⁸⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Processo nº 595143801 – 4ª Câmara Cível – Rel. Ramon Georg Von Berg – 15.05.96

⁸⁵ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 3. ed. São Paulo: RT, 1998, p. 92.

paciente por conta da conduta médica poderão ser indenizados em sede de juízo cível.⁸⁶

3.5 Erro médico: crime culposo ou doloso

Vale citar inicialmente o artigo 18 do Código Penal brasileiro que define crime doloso e culposo:

“Art. 18 - Diz-se o crime:

Crime doloso

I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;

Crime culposo

II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.

Parágrafo único - Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente”.

Quase sempre o médico responde culposamente pelo crime que lhe é imputado, ou seja, sem intenção, porém, por sua culpa (imprudência, negligência e imperícia) contribui para a produção do resultado (lesão ou morte, por exemplo).⁸⁷

O Código Penal brasileiro adota a teoria finalista da ação, motivo pelo qual é necessário e essencial se proceder com a distinção entre dolo e culpa. Vale observar que são três as teorias que definem o conteúdo do dolo: o da vontade, o da representação e o do consentimento. De acordo com a teoria da vontade age com dolo aquele que pratica a ação consciente e inclusive aquele que possui apenas a mera previsão do resultado, ainda que não se possa negar a existência da vontade na ação. Porém, o importante é a consciência do agente relativa ao seu

⁸⁶ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 3. ed. São Paulo: RT, 1998, p. 93.

⁸⁷ FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito médico*. São Paulo: Fundação Byk 1987, p. 185.

agir, pois este deve ter consciência de que, quando esta não for bem executada, poderá produzir o resultado.⁸⁸

Por outro lado, a teoria do assentimento, da qual faz parte o instituto do dolo à previsão do resultado a que o agente adere, não sendo exigido que o mesmo queira tal resultado. Assim, configuraria dolo quando o agente permite causar o resultado a partir de uma conduta, ou seja, o agente consente certa conduta.⁸⁹

Então, a legislação brasileira adotou a teoria da vontade para caracterizar o dolo direto, e a teoria do consentimento para o denominado dolo eventual. Nesse sentido é o texto do já citado artigo 18 do Código Penal.

Por outro lado, ainda existe o chamado tipo culposo, qual seja aquele em que o agente deu causa ao resultado por impudência, negligência ou imperícia. Sendo somente na 2ª parte do citado dispositivo que é ressaltado o dolo eventual. Portanto, pode-se concluir que o crime de erro médico é do tipo culposo.⁹⁰

No entanto, com fundamento na avaliação dos tipos, o erro médico pode se configurar como crime doloso, na sua forma eventual. O dolo eventual se instala quando o agente assume o risco de produzir um resultado, ainda que indesejável.⁹¹

Quando o médico faz sua escolha procede com o juramento sagrado quando, acima de tudo assumi o risco de lidar com “vidas humanas”, tendo consciência, no entanto, de que poderá errar e produzir um resultado indesejável caso não venha a agir com prudência.

Quando um cirurgião realiza uma cirurgia, tem plena consciência de que, caso venha atingir erroneamente um órgão ou uma artéria, poderá provocar um resultado que não era o pretendido. Portanto, corre o risco de produzir evento

⁸⁸ DE JESUS, Damásio E. *Direito Penal*. 1º Vol. I –Parte Geral Ed: Saraiva, 2002. p. 290.

⁸⁹ Idem, p. 291.

⁹⁰ FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito médico*. São Paulo: Fundação Byk 1987, p. 187.

⁹¹ DE JESUS, Damásio E. *Direito Penal*. 1º Vol. I –Parte Geral Ed: Saraiva, 2002. p. 292.

danoso e, ao assumir o ônus de desempenhar tal missão, junto também assumiu o risco de produzir o resultado indesejado.⁹²

Sendo assim, é preciso cobrar dos profissionais da área médica o absoluto respeito à vida humana e que os mesmos saibam cumprir rigorosamente a tarefa a que se propuseram. A formação profissional deve ser cada vez mais precisa, uma vez que os problemas da área de saúde se agravam a cada dia. Assim como deve haver real repressão ao erro médico, para que o negligente seja tão severamente punido quanto qualquer outro ser humano que erra.

De acordo com as palavras de Roberto Parentoni:

“O médico não pode errar, tem, sobretudo, a obrigação de acertar. Quando ocorre, como resultado de atos médicos, a lei prevê a reparação de dano, restrições impostas ao exercício profissional e a punição penal, pois o erro pode ser evitável ou inevitável: o primeiro dá lugar à culpa e o inevitável, ao caso fortuito”.⁹³

Não se tem a intenção de condenar todo e qualquer profissional médico ou da área da saúde que eventualmente cometa erro, considerando-se que cada caso concreto terá suas peculiaridades, que deverão ser avaliadas em caso de ação judicial. Motivo pelo qual, também deve ser cobrado dos julgadores a mais adequada aplicação da justiça e da lei. Explica Roberto Parentoni que:

“O erro médico é difícil de ser apurado. Todas as provas, as evidências e todos os documentos que auxiliem na sua análise devem ser buscados. [...] O trabalho do advogado nesta fase é muito importante. Ele terá de ser muito hábil nesta fase de aparelhamento do processo, fazendo um papel investigatório que pode levar ao sucesso ou ao fracasso da lide”.⁹⁴

Motivo pelo qual há necessidade de reflexões no sentido de não se aplicar a letra fria da lei, mas sim levar em consideração que, no caso concreto, o

⁹² FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito médico*. São Paulo: Fundação Byk 1987, p. 210.

⁹³ PARENTONI, Roberto B. *O erro médico é culposo ou doloso?* (2011). Disponível em: <<http://www.idecrim.com.br/index.php/artigos/94-o-erro-medico-e-culposo-ou-doloso>>.

⁹⁴ Idem, Id.

erro médico pode ser bem mais odioso do que um ato ilícito praticado por um ser humano comum.⁹⁵

3.6 A polêmica em torno da responsabilidade penal do médico

Na discussão jurídica em torno da responsabilidade penal por erro médico a maior parte da doutrina, como Roberto Parentoni, Suzana Lisbôa Lumertz, Genival Veloso de França entre outros, entende que se um paciente vier a óbito devido a um erro médico, este poderá ser responsabilizado e apenado, cuja forma mais justa de apenar seria com a aplicação da sanção prevista no art. 121, §§ 3º e 4º, do Código Penal, senão com a pena máxima, o mais próximo dela, acrescida de 1/3 por conta da não observância de regra técnica inerente ao exercício da profissão e pela quebra do dever de cuidado, bem como pela situação de dependência e da confiança do paciente quanto ao agir do médico.⁹⁶

A responsabilização do médico quanto ao homicídio culposo é resultado da violação dos deveres médicos para com seu paciente e tais violações são, em sua maioria, praticadas por simples hábito, na verdade mau hábito, que pode levar o paciente a óbito. Vale observar que as anotações nas fichas médicas e nos prontuários, quase sempre, são superficiais e anotadas com letras ilegíveis, dificultando o ministrar dos medicamentos pela equipe de enfermagem, bem como a dificuldade para identificar o procedimento realizado ou não a favor da sobrevivência e da saúde do paciente.⁹⁷

A falta de conhecimentos médicos dos profissionais do Direito, o descuido de alguns médicos ao elaborar esta espécie de documento também cria dificuldade para a obtenção de provas, ou seja, para compor um conjunto probatório numa ação penal por erro médico. “Cabe ao médico que acompanha o paciente a verificação da evolução da enfermidade e do quadro clínico dele, devendo o médico

⁹⁵ PARENTONI, Roberto B. *O erro médico é culposo ou doloso?* (2011). Disponível em: <<http://www.idecrim.com.br/index.php/artigos/94-o-erro-medico-e-culposo-ou-doloso>>

⁹⁶ FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito médico*. São Paulo: Fundação Byk 1987, p. 199.

⁹⁷ MORAES, Irany Novah. *Erro médico e a justiça*, 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.427.

estar apto a solicitar outros procedimentos e/ou intervenções que a situação do paciente venha a exigir [...]”.⁹⁸

Rubenita de Andrade Lessa P. Gomes observa que:

“Essas violações aos deveres médicos dão-se por meio da imprudência, imperícia e negligência que resultam em erros médicos, podendo daí surgir o homicídio culposo. [...] O que se observa pelo que foi exposto, é que nas duas primeiras modalidades, imprudência e imperícia, há um agir, uma ação. Mas, a negligência é modalidade que supera seu caráter colaborador de obtenção do resultado morte. A negligência chega a ser mais cruel das três modalidades, porque o paciente que encontra-se acamado, totalmente dependente da atuação médica, indefeso, à espera de procedimento que possa salvar sua vida ou reduzir seu sofrimento”.⁹⁹

Na forma negligenciada o paciente é assistido por um médico que poderia cumprir com seu dever, porém, não age por desleixo, pois deixa o paciente em situação crítica sem indicar qualquer procedimento, se retirando para descansar no repouso dos médicos, por exemplo, o que demonstra que a negligência é considerada como a mais desumana das três modalidades. Fato que deve ser levado em consideração pelo magistrado no momento de aplicar a pena.¹⁰⁰

Assim, desde que estejam presentes num ato médico a imperícia, a imprudência ou a negligência que venha causar dano ao paciente, está caracterizada a culpa. Porém, tal culpa precisa ser provada pelo próprio paciente, pois é seu esse ônus.¹⁰¹

⁹⁸ GOMES, Rubenita de Andrade Lessa P. O médico como réu: um enfoque jurídico-penal acerca do homicídio culposo decorrente de erro médico. *Jus Navigandi*. (2011). Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18665/o-medico-como-reu-um-enfoque-juridico-penal-acerca-do-homicidio-culposo-decorrente-de-erro-medico#ixzz2Q5wjrkGp>>. Acesso em 11 abr. 2013.

⁹⁹ Ibidem.

¹⁰⁰ MORAES, Irany Novah. Erro médico e a justiça, 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.419.

¹⁰¹ GOMES, Rubenita de Andrade Lessa P. O médico como réu: um enfoque jurídico-penal acerca do homicídio culposo decorrente de erro médico. *Jus Navigandi*. (2011). Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18665/o-medico-como-reu-um-enfoque-juridico-penal-acerca-do-homicidio-culposo-decorrente-de-erro-medico#ixzz2Q5wjrkGp>>. Acesso em 11 abr. 2013

A responsabilidade do médico por erro no exercício de sua atividade profissional reporta à noção de culpa no sentido amplo, ou seja, alcança todas as formas possíveis de culpa e dolo.¹⁰²

3.7 Caso real

O número de óbitos bem como danos irreparáveis aos pacientes causados por erro médico têm crescido nos últimos anos, conforme notícias publicadas via internet, jornais e revistas.

Como já mencionado no presente trabalho, a obrigação do médico na maioria dos casos é de meio, ou seja, só será caracterizado o inadimplemento contratual e a consequente obrigação de reparar o dano causado a partir da prova apresentada pelo paciente de que o profissional atuou em desacordo com a ética médica. Sendo a responsabilidade de meio caracterizada pelo dever do médico em atuar de maneira prudente e, com a devida aplicação dos meios técnicos, dentro do possível, obter um tratamento satisfatório.¹⁰³

Já a responsabilidade fim decorre especificamente de uma obrigação de resultado, a qual obriga o médico ao sucesso da intervenção sob pena de caracterizar inadimplemento; quando é possível afirmar que a culpa é presumida, uma vez que o profissional se compromete em atingir o fim almejado.¹⁰⁴

De um modo geral, a obrigação do profissional médico, considerando-se o contrato de prestação de serviços e a responsabilidade do mesmo, é uma obrigação de meio, sendo necessário o emprego dos procedimentos acertados. Entretanto, quando se trata da realização de cirurgia plástica, onde a principal ou única finalidade é a estética existem relevantes distinções no que se refere à responsabilidade médica, pois vale observar que, nestes casos, não há um caráter emergencial para a ocorrência da intervenção cirúrgica. Portanto, é facultado

¹⁰² GOMES, Rubenita de Andrade Lessa P. O médico como réu: um enfoque jurídico-penal acerca do homicídio culposo decorrente de erro médico. *Jus Navigandi*. (2011). Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18665/o-medico-como-reu-um-enfoque-juridico-penal-acerca-do-homicidio-culposo-decorrente-de-erro-medico#ixzz2Q5wjrkGp>>. Acesso em 11 abr. 2013

¹⁰³ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 194.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 197-198.

ao médico optar pela realização ou não da cirurgia e, uma vez que decida pela mesma, lhe é imputada a obrigação de sucesso, ou seja, do resultado que a intervenção se destina.¹⁰⁵

Feita a distinção entre a obrigação de meio e de fim do profissional, cabe ressaltar um caso de erro médico ocorrido no Brasil atualmente. Entretanto, o caso a ser mencionado não perfaz um efetivo estudo de caso, haja vista que foi decretado pelo juiz, neste e em todos outros processos pesquisados, sigilo, a fim de preservar a intimidade das vítimas, que passaram por intervenções cirúrgicas mal sucedidas, sejam elas estéticas ou não.

O caso estudado foi o do jovem Marcelo Dino, de 13 anos, que faleceu no Hospital Santa Lúcia, em Brasília, no dia 14/2/2012, após sofrer uma crise asmática com consequente parada respiratória. O adolescente estava no colégio, praticando atividades esportivas quando começou a se sentir mal. A coordenação do colégio acionou a mãe do jovem, que deu entrada no hospital pouco tempo depois, sendo internado na Unidade de Terapia Intensiva (UTI) pediátrica com fortes crises de asma. Aproximadamente às 6h do dia seguinte, o estudante apresentou nova crise, ainda mais grave. Na segunda crise, Marcelo teve maiores dificuldades para respirar, momento em que os médicos e enfermeiros tentaram, sem sucesso, reanimá-lo com massagens e medicamentos.¹⁰⁶

Relatada a síntese do caso, vale mencionar o estudo e resultados obtidos com relação à tramitação deste perante o poder judiciário. No dia da morte do jovem, seu tio, Nicolau Dino, procurador da República, registrou uma ocorrência na 1ª Delegacia de Polícia da Asa Sul, a qual indiciou por homicídio culposo a médica Izaura Costa Rodrigues Emídio, responsável pelo atendimento ao estudante. Após investigações, o delegado-chefe da 1ª DP concluiu que houve atraso no atendimento de Marcelo, sendo seu óbito causado por asfixia. Ainda conforme as investigações, no momento em que o jovem entrou em crise, a médica se encontrava na sala de parto e demorou a prestar o devido socorro.

¹⁰⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 196.

¹⁰⁶ BRASIL. *Correio Braziliense*, reportagem, publicação 14/02/2012.

Por outro lado, em seu depoimento, a médica afirmou aos investigadores que 30 minutos antes do estudante ter a crise asmática, ela se dirigiu à sala de cirurgia a pedido de um médico obstetra, a fim de auxiliá-lo em um parto, e que só permaneceu por 20 minutos. Afirmou ainda que antes de deixar a UTI, teria ouvido da mãe de Marcelo que o filho estava bem, somente cansado.

Conforme o capítulo III do Código de Ética Médica, o qual trata das responsabilidades dos médicos, resta claro e evidente que o profissional não pode deixar de atender em setor de urgência e emergência, tampouco afastar-se de suas atividades profissionais, mesmo que temporariamente, a saber:

“Art. 7º Deixar de atender em setores de urgência e emergência, quando for de sua obrigação fazê-lo, expondo a risco a vida de pacientes, mesmo respaldado por decisão majoritária da categoria.

Art. 8º Afastar-se de suas atividades profissionais, mesmo temporariamente, sem deixar outro médico encarregado do atendimento de seus pacientes internados ou em estado grave.

Art. 9º Deixar de comparecer a plantão em horário preestabelecido ou abandoná-lo sem a presença de substituto, salvo por justo impedimento”.¹⁰⁷

No caso em questão, a médica, em depoimento, afirmou que deixou a UTI por aproximadamente 20 minutos a fim de ajudar um obstetra em outra cirurgia. Ora, com fulcro no art. 8º do CEM já mencionado, a presença ininterrupta do médico é obrigatória, logo, não há dúvidas da negligência da médica responsável pelos cuidados ao adolescente.

Entretanto, após análises das provas constantes dos autos, o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT) solicitou o arquivamento do caso. O promotor Diaulas Ribeiro, que acompanha o processo, entendeu que os supostos erros médicos descritos no inquérito policial não figuravam provas determinantes e consistentes de negligência, imprudência ou imperícia para ter causado a morte do adolescente e a conseqüente instauração de ação penal. No presente momento, o processo aguarda a análise do juiz. Caso prevaleça o entendimento do Ministério Público, a médica e a técnica de enfermagem

¹⁰⁷ Código de Ética Médica. Resolução 1931/2009. Cap. III, arts. 7º, 8º e 9º.

responsáveis pelo atendimento de Marcelo ficarão isentas de qualquer responsabilidade por sua morte.

A família do estudante lamenta o pedido do Ministério Público, mas afirma que já era esperado, por isso ingressou com uma ação penal privada subsidiária da pública contra a médica, que tramita no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, sob o nº 2012.01.1.136420-3. O referido processo encontra-se suspenso atualmente, haja vista que os autores interpuseram Recurso Especial perante o STJ e Recurso Extraordinário perante o STF, para fins de processamento e julgamento nestes dois últimos órgãos.¹⁰⁸

Diante dos fatos e conforme já mencionado no presente trabalho, a atividade do médico ao lidar com cirurgias que não sejam estéticas constituem uma atividade de meio. Portanto, como já existe um risco emergencial, não pode o médico se recusar a prestar o devido socorro, por isso, só há condenação quando houver provas suficientes da sua negligência, imprudência ou imperícia para que seja classificado o crime como homicídio ou lesão corporal culposos. No caso em questão, com fulcro no entendimento do Ministério Público, não restou suficientemente comprovado o erro médico, motivo pelo qual foi solicitado o arquivamento, com a conseqüente isenção de responsabilidade da médica e técnica de enfermagem responsáveis pelo caso.

¹⁰⁸ BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Processo nº 2012.01.1.136420-3

CONCLUSÃO

Na presente pesquisa, como visto, foi realizada uma análise detalhada de como é visto o erro médico hoje pela doutrina e nossa jurisprudência pátria, tanto na esfera cível como na penal. A grande polêmica se verifica quando da responsabilização do médico na esfera penal, onde é discutido se o crime é entendido como doloso ou culposos, em casos de óbito ou lesões corporais.

Para tanto, restou demonstrado ao longo do trabalho que, no âmbito penal, o médico é responsabilizado quando há provas concretas de que houve imprudência, negligência ou imperícia no seu procedimento. Entretanto, vale ressaltar ainda que, conforme pesquisado, a responsabilidade penal não exclui outras responsabilidades de cunho patrimonial na esfera cível.

Na tentativa de demonstrar o que defende a jurisprudência e doutrina, foi relatado no presente trabalho um caso real e recente, acerca da responsabilização na esfera penal de uma médica. No caso estudado, entendeu-se até o presente momento, por parte do Ministério Público, que não houve efetivo erro por parte da equipe médica, não podendo, portanto, ser ela responsabilizada pelo óbito do adolescente.

Destarte, conclui-se que o médico é responsável diante do erro oriundo do exercício de sua profissão, onde esteja evidenciada a negligência, a imperícia ou a imprudência. Considerando-se que existe entre ele e o paciente um contrato de serviços, ainda que, por vezes, não seja escrito, mas tácito, que faz surgir o direito de reparação de dano para o paciente, nos casos de erro médico, que pode consistir em dano material e/ou dano moral.

O modelo contratual brasileiro defende que o médico preserve sua autoridade, uma vez que o mesmo detém conhecimentos e habilidades específicas, assumindo, no entanto, a responsabilidade pelas decisões técnicas. O paciente

também faz parte desse processo, quando exerce seu direito requerendo reparação em caso de erro.

Percebeu-se também que além da responsabilidade civil o médico pode responder no âmbito processual penal, ainda que de forma culposa, pelo óbito de paciente onde o profissional tenha agido com conduta inadequada.

Assim, uma vez confirmada a morte de um paciente que se encontrava sob cuidados médicos, cuja mesma tenha ocorrido devido à má prática médica, e devidamente constatado o nexo causal, tem início a jornada de comprovação do erro médico por meio da incidência dos pressupostos, já que a falta de ao menos um deles extingue a responsabilidade.

Sendo assim, uma vez constatada a ocorrência de todos os pressupostos da responsabilidade médica e confirmada a imprudência, negligência ou imperícia do médico, é ensejada a responsabilidade penal quando o médico deverá arcar com o peso do óbito causado.

Foi possível perceber também que, tanto a doutrina quanto a jurisprudência tem entendido pela responsabilidade penal do médico, especificamente por homicídio culposo, devendo, portanto, o juiz, aplicar as orientações técnicas-doutrinárias para julgar o caso concreto.

O fato é que a dificuldade natural para a obtenção de provas técnicas quanto à responsabilidade do médico pelo crime de homicídio, não pode servir de base para encobrir várias mortes que poderiam ser evitadas. As falhas fazem parte do atuar do ser humano, mas na medicina elas se agravam por se tratar do bem jurídico mais preciso que é a vida.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Correio Braziliense, Reportagem. Publicação em 14/02/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1035346. Publicação em 24.03.2008. Relator Ministro Francisco Falcão.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Processo nº 2012.01.1.136420-3.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. 100240449819000011 MG 1.0024.04.498190-0/001(1) Relator(a): ALVIMAR DE ÁVILA. Julgamento: 10/12/2008. Publicação: 26/01/2009

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal - Processo: APR 671030 SC 1988.067103-0 - Relator(a): Nilton Macedo Machado - Julgamento: 25/02/1994 - Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal - Publicação: Apelação criminal n. 30.415, de Pinhalzinho

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Processo nº 596070979 – 5ª Câmara Cível – Rel. Araken de Assis – 15/08/96

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Processo nº 595184680 – 6ª Câmara Cível – Rel. Jorge Alcibíades Perrone de Oliveira – 06/08/96.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Processo nº 595143801 – 4ª Câmara Cível – Rel. Ramon Georg Von Berg – 15.05.96

CAMPOS JÚNIOR, Dioclécio. *Crise e hipocrisia*. Brasília: Editora do Autor, 1996.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Curso de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2004.

CARVALHO, J. C. M. *Latrogenia e erro médico sob o enfoque da responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

CASTRO, João Monteiro de. *Responsabilidade civil do médico*. São Paulo: Método, 2005.

CASTRO, Laércio. *Erro médico o que é?* (22/06/2010). Disponível em: <http://www.escolasmedicas.com.br/art_det.php?cod=184>. Acesso em: 15 mar. 2013.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Programa de responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Programa de responsabilidade civil*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Programa de responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

CFM *apud* JORGE, Marcela Gama. *Breve apreciação sobre erro médico*. Disponível em <http://www.edo.com.br/erro_medico.htm>. Acesso em 07 abr 2013.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da; QUEIJO, Maria Elizabeth. *Comentários aos crimes do código de trânsito*. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito médico*. São Paulo: Fundo Editorial 2003.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil - responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2003.

GOMES, Meirelles; FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito médico*. São Paulo: Fundo Editorial 2003.

GOMES, Rubenita de Andrade Lessa P. O médico como réu: um enfoque jurídico-penal acerca do homicídio culposo decorrente de erro médico. *Jus Navigandi*. (2011). Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18665/o-medico-como-reu-um-enfoque-juridico-penal-acerca-do-homicidio-culposo-decorrente-de-erro-medico#ixzz2Q5wjrKGp>>. Acesso em 11 abr. 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*. Parte Geral São Paulo: Saraiva, 2002, vol. 1.

KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 3. ed. São Paulo: RT, 1998.

_____. *Responsabilidade civil do médico*. 5. ed. São Paulo: RT, 2003.

LIRA, Ricardo Pereira. Ato ilícito. *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro* nº 49, 1996.

MIRABETE, Julio. *Manual de direito penal*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2008, Vol. I.

MORAES, Irany Novah. *Erro médico e a justiça*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003.

PARENTONI, Roberto B. *O erro médico é culposo ou doloso?* (2011). Disponível em: <<http://www.idecrim.com.br/index.php/artigos/94-o-erro-medico-e-culposo-ou-doloso>>.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PIZARRO, Ramon Daniel. *Daño moral*. Buenos Aires: Hammurabi, 1991.

RIZZARDO, Arnaldo. *A reparação nos acidentes de trânsito*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé*. São Paulo: Saraiva, 2005.

SALAMACHA, Consuelo Taques Ferreira. *Erro médico – inversão do ônus da prova*. Curitiba: Juruá, 2006.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil*. São Paulo: Atlas, 2004.